

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 20^η Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Απόστολος Σιαπέρας-Εισηγητής, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.11.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1224/20.11.2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγουσα) που εδρεύει στον, επί της οδού αριθμός, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση όρων της υπ' αριθμό διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Απόστολο Σιαπέρα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή με την υπ' αριθμό διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο «.....» (CPV), συνολικού προϋπολογισμού 357.520,00 ευρώ με ΦΠΑ, για ένα έτος, με δικαίωμα μονομερούς παράτασης για ένα τρίμηνο και με προϋπολογιζόμενη δαπάνη ανά επιπλέον μήνα παράτασης 29.794,00 ευρώ με ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Συνεπώς, η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 446.902 ευρώ με ΦΠΑ (360.404,84 ευρώ χωρίς

Αριθμός απόφασης: 14/2019

ΦΠΑ) συμπεριλαμβανομένης της τρίμηνης παράτασης. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε 17 Τμήματα και οι προσφορές υποβάλλονται είτε στο σύνολο των δημοπρατηθέντων υπηρεσιών (τμήματα) του διαγωνισμού, είτε ανά δημοπρατηθείσα υπηρεσία (τμήμα).

2.Επειδή η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 7-11-2018, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 8-11-2018 με Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

3.Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ως εκ του χρόνου εκκίνησής της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του αντικειμένου της, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν.4412/2016.

4.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 19.11.2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 8.11.2018, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

5.Επειδή στις 23.11.2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια της ανάρτησής της στην κεντρική σελίδα του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της.

6.Επειδή με την με αριθμό 1615/2018 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7.Επειδή στις 27.11.2018 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού το με αριθμό πρωτ. 63920/27-11-2018 έγγραφο απόψεων της επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες και

Αριθμός απόφασης: 14/2019

διαβίβασε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

8.Επειδή δυνάμει του ενσωματωμένου στην υπό εξέταση προσφυγή αιτήματος περί παροχής προσωρινής έννομης προστασίας βάσει του άρθρου 346 του Ν. 4412/2016, εκδόθηκε η με αριθμό Α526/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία απέρριψε το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

9.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισήχθη ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, 361 παρ. 1 περ. (γ) δεύτερο εδάφιο, 362 παρ. 1 και 2, και 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 4 παρ. 1 περ. γ) δεύτερο εδ., 8 παρ. 1, 2 και 3, και 15 του ΠΔ 39/2017.

10.Επειδή σύμφωνα με τον όρο 1.3 της διακήρυξης με τον τίτλο «*Συνοπτική Περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης*», η παροχή υπηρεσιών υποδιαιρείται σε 17 Τμήματα και ειδικότερα: «*Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ανάθεση υπηρεσιών «Επισκευής και Συντήρησης Ιατρικού Εξοπλισμού» συνολικού προϋπολογισμού 357.520,00€ με Φ.Π.Α., για ένα έτος, με δικαίωμα μονομερούς παράτασης για ένα τρίμηνο και με προϋπολογιζόμενη δαπάνη ανά επιπλέον μήνα παράτασης 29.794,00 € με Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).*

Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) :

Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα:

ΤΜΗΜΑ 1 : «Συντήρηση του κλιβάνου πλάσματος STERRAD 100S με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα», εκτιμώμενης αξίας 5.645,16€ πλέον ΦΠΑ.

ΤΜΗΜΑ 2 «Συντήρηση Δύο (2) κλιβάνων αποστείρωσης BELIMED με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 9.677,42€ πλέον ΦΠΑ.

Αριθμός απόφασης: 14/2019

ΤΜΗΜΑ 3 «Συντήρηση δεκαέξι (16) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης ΝΙΚΚΙΣΟ με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 40.322,58€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 4 «Συντήρηση Δύο (2) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης FRESINIUS 4008S με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 5.564,52€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 5 «Συντήρηση τεσσάρων (4) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης GAMBRO με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 25.040,32€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 6 «Συντήρηση είκοσι (20) ακτινολογικών μηχανημάτων MERATE με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 56.451,62€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 7 «Συντήρηση του Αξονικού Τομογράφου GE CT-OPTIMA με ανταλλακτικά» εκτιμώμενης αξίας 36.290,32€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 8 «Συντήρηση της γ-camera PHILIPS Meridian χωρίς ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 15.000,00€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 9 «Συντήρηση του Μαγνητικού Τομογράφου SIEMENS χωρίς ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 11.903,23€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 10 «Συντήρηση τεσσάρων (4) Αναπνευστήρων AVEA CAREFUSION με το service kit χωρίς ανταλλακτικά,» εκτιμώμενης αξίας 4.838,71€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 11 «Συντήρηση Δεκαεπτά (17) Αναπνευστήρων DRAGER με το service kit χωρίς ανταλλακτικά» εκτιμώμενης αξίας 14.516,13€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 12 «Συντήρηση Είκοσι (20) Αναπνευστήρων SIEMENS με το service kit χωρίς ανταλλακτικά» εκτιμώμενης αξίας 16.935,48€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 13 «Συντήρηση Τεσσάρων (4) Αναπνευστήρων HAMILTON με το service kit χωρίς ανταλλακτικά» εκτιμώμενης αξίας 4.838,71€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 14 «Συντήρηση Έντεκα (11) Αναπνευστήρων GE SLE με το service kit χωρίς ανταλλακτικά» εκτιμώμενης αξίας 6.943,55€ πλέον ΦΠΑ .

Αριθμός απόφασης: 14/2019

ΤΜΗΜΑ 15 «Συντήρηση Επτά (7) Αναισθησιολογικών Μηχανημάτων DRAGER με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 14.677,42€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 16 «Συντήρηση Δέκα (10) Αναισθησιολογικών Μηχανημάτων HEINEN & LOWENSTEIN με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 17.741,93€ πλέον ΦΠΑ .

ΤΜΗΜΑ 17 «Συντήρηση ενός (1) Αναισθησιολογικού Μηχανήματος DATEX με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα» εκτιμώμενης αξίας 1.935,48€ πλέον ΦΠΑ».

Σύμφωνα με τον ίδιο όρο δε προβλέπεται ότι: «Οι προσφορές υποβάλλονται είτε στο σύνολο των δημοπρατηθέντων υπηρεσιών (τμήματα) του διαγωνισμού, είτε ανά δημοπρατηθείσα υπηρεσία (τμήμα) όπως αυτές περιγράφονται ανωτέρω.

Οι προσφορές δεν μπορούν να υποβληθούν για μέρος της δημοπρατηθείσας υπηρεσίας».

11.Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, το από 19.11.2018 αποδεικτικό πληρωμής του με τραπεζική κάρτα και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη ότι το ως άνω παράβολο είναι «δεσμευμένο»).

12.Επειδή στον όρο 1.2 της διακήρυξης με τον τίτλο «Στοιχεία Διαδικασίας-Χρηματοδότηση» προβλέπεται το είδος της διαδικασίας του διαγωνισμού, κοινά, γενικά και ενιαία και για τα 17 Τμήματα της παροχής υπηρεσιών ως εξής : «Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/16». Ακολούθως, στον όρο 1.5 της διακήρυξης με τον τίτλο «1.5 Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού» ορίζεται ότι «Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 12/12/2018 και ώρα 17.00'». Περαιτέρω, προβλέπεται η διεξαγωγή μίας μόνης και ενιαίας διαγωνιστικής διαδικασίας για όλα τα τμήματα της παροχής υπηρεσιών, σε πλείστους κοινούς και ενιαίους για όλα τα τμήματα της διακήρυξης κανόνες, διατάξεις, και απαιτήσεις ως ίδια ορίζεται στους όρους: «1.4 Θεσμικό πλαίσιο», «1.5 Προθεσμία παραλαβής

Αριθμός απόφασης: 14/2019

προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού», «1.6 Δημοσιότητα», «1.7 Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης», «2.1.1 Έγγραφα της σύμβασης», «2.1.2 Επικοινωνία - Πρόσβαση στα έγγραφα της Σύμβασης», «2.1.3 Παροχή Διευκρινίσεων», «2.1.4 Γλώσσα», «2.1.5 Εγγυήσεις», «2.2.1 Δικαίωμα συμμετοχής», «2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής» (διαφοροποιούμενη εν προκειμένω μόνο ως προς το ύψος αντιστοίχως για το κάθε τμήμα), «2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού», «2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας», «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: [...] γ) να διαθέτουν εκπαιδευμένους, από την κατασκευάστρια εταιρεία, τεχνικούς, στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα ή σε ανάλογα μηχανήματα της ίδιας εταιρείας», «2.2.7. Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» «2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων», «2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» [...] 2.2.9.2.Αποσδεικτικά μέσα κατά το στάδιο της κατακύρωσης [...] Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: [...] β) Βεβαιώσεις της κατασκευάστριας εταιρείας ή αποδεικτικά έγγραφα ότι οι τεχνικοί του οικονομικού φορέα έχουν εκπαιδευτεί στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα ή σε ανάλογα μηχανήματα της ίδιας εταιρείας», «2.3 Κριτήρια Ανάθεσης», «2.4.Κατάρτιση – Περιεχόμενο Προσφορών», «2.4.3. Περιεχόμενο Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική προσφορά»», «2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών», «2.4.5 Χρόνος ισχύος των προσφορών», «2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών», «3.1. Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών», «3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου», «3.3 Κατακύρωση - σύναψη σύμβασης», «3.4 Προδικαστικές Προσφυγές - Προσωρινή Δικαστική Προστασία», «3.5 Ματαίωση Διαδικασίας», «4. ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», «5 ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», «6. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ».

Αριθμός απόφασης: 14/2019

13.Επειδή στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης, περιγράφονται οι τεχνικές προδιαγραφές για κάθε τμήμα της σύμβασης χωριστά και ειδικότερα για το Τμήμα 5 αυτής προβλέπεται ειδικώς: «5) Για τη συντήρηση τέσσερα (4) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης GAMBRO με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 31.050 € με ΦΠΑ. [...] ΑΡΘΡΟ 2: ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΣΥΝΤΗΡΗΤΗ Ο συντηρητής υποχρεούται (με ποινή απόρριψης): •Να καταθέσει βεβαίωση της Κατασκευάστριας Εταιρείας ότι οι τεχνικοί του συντηρητή έχουν υποστεί εκπαίδευση στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα. [...] •Να καταθέσει βεβαίωση από την Κατασκευάστρια Εταιρεία ή τον αποκλειστικό αντιπρόσωπο της για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών, που θα φέρουν πιστοποίηση CE, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης». Επίσης, οι ως άνω υποχρεώσεις περιγράφονται αυτολεξεί και στο Φύλλο Συμμόρφωσης του τμήματος 5 «ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΜΗΜΑ 5 Συντήρηση τεσσάρων (4) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης GAMBRO με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα προϋπολογιζόμενης δαπάνης 31.050 ευρώ με ΦΠΑ» με Α/Α 5 και 7.

14.Επειδή η προσφεύγουσα αναφέροντας ότι είναι «πρόθεση της επιχειρήσεως [της] να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό και δη ως προς το ειδικότερο τμήμα 5», αιτείται με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή της να απαλειφθούν – ακυρωθούν οι όροι της διακήρυξης που αναλύονται στους λόγους της προσφυγής της, ισχυριζόμενη ότι:

«ΙΙ. 1. 1ος Λόγος Προσφυγής.

ΙΙ. 1.1. Στην παράγραφο γ του άρθρου 2.2.6. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» του κεφαλαίου 2.2. «Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», στη σελίδα 19 της διακήρυξης αναφέρεται:

2.2 Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια. Ποιοτικής Επιλογής

[...]

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:

[...]

Αριθμός απόφασης: 14/2019

γ) να διαθέτουν εκπαιδευμένους, από την κατασκευάστρια εταιρεία, τεχνικούς, στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα ή σε ανάλογα μηχανήματα της ίδιας εταιρείας.

II.1.2. Στην υποπαράγραφο β της παραγράφου Β.4. του υποάρθρου 2.2.9.2. «Αποδεικτικά μέσα κατά το στάδιο της κατακύρωσης» του άρθρου 2.2.9. «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» του κεφαλαίου 2.2. «Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», στη σελίδα 22 της διακήρυξης αναφέρεται:

2.2 Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής

[...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

[...]

2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα κατά το στάδιο της κατακύρωσης

[...]

Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:

[...]

β) Βεβαιώσεις της κατασκευάστριας εταιρείας ή αποδεικτικά έγγραφα ότι οι τεχνικοί του οικονομικού φορέα έχουν εκπαιδευτεί στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα ή σε ανάλογα μηχανήματα της ίδιας εταιρείας.

II.1.3. Ομοίως στην υποπαράγραφο 3 του άρθρου 2 «ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΣΥΝΤΗΡΗΤΗ» του τμήματος 5 «5) Για τη συντήρηση τεσσάρων μηχανημάτων αιμοκάθαρσης GAMBRO με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 31.050 € με ΦΠΑ.» του παρατήματος II «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ», στη σελίδα 53 της διακήρυξης αναφέρεται:

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II- ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ [...]

5) Για τη συντήρηση τεσσάρων μηχανημάτων αιμοκάθαρσης (GAMBRO με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 31.050 € με ΦΠΑ.

ΑΡΘΡΟ 2: ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΣΥΝΤΗΡΗΤΗ [...]

Αριθμός απόφασης: 14/2019

• Να καταθέσει βεβαίωση της Κατασκευάστριας Εταιρείας ότι οι τεχνικοί του συντηρητή έχουν υποστεί εκπαίδευση στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα.

Ομοίως και στη σελίδα 87 της διακήρυξης στο Φύλλο Συμμόρφωσης του τμήματος 5 «ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΜΗΜΑ 5 Συντήρηση τεσσάρων (4) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης GAMBRO με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα προϋπολογιζόμενης δαπάνης 31.050 € με ΦΠΑ» με Α/Α 5.

II.1.4. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης, σε όλες του τις εκδοχές όπως αποτυπώνεται σε όλα τα σημεία της διακήρυξης :

Σελ. 19: γ) να διαθέτουν εκπαιδευμένους, από την κατασκευάστρια εταιρεία, τεχνικούς, στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα ή σε ανάλογα μηχανήματα της ίδιας εταιρείας.

Σελ.22: β) Βεβαιώσεις της κατασκευάστριας εταιρείας ή αποδεικτικά έγγραφα ότι οι τεχνικοί του οικονομικού φορέα έχουν εκπαιδευτεί στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα ή σε ανάλογα μηχανήματα της ίδιας εταιρείας.

Σελ. 53 & Σελ.87: Να καταθέσει βεβαίωση της Κατασκευάστριας Εταιρείας ότι οι τεχνικοί του συντηρητή έχουν υποστεί εκπαίδευση στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα.

ΕΙΝΑΙ ΠΑΡΑΝΟΜΟΣ ΔΙΟΤΙ:

Οι ανωτέρω όροι είναι αντίθετοι με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/24/ΕΕ και με τον Νόμο 4412/8-8-2016, που ενσωμάτωσε την ευρωπαϊκή οδηγία και που διέπει και τον παρόντα διαγωνισμό.

Η απαίτηση προσκόμισης βεβαιώσεων από την κατασκευάστρια εταιρεία, αντιβαίνει στο δίκαιο του ανταγωνισμού, αλλά και στη Νομοθεσία περί Προμηθειών του Δημοσίου, καθώς προϋποθέτει την ύπαρξη συμβατικής σχέσης του υποψήφιου συντηρητή με τον κατασκευαστικό οίκο, ανάγοντας έτσι την (αυθαίρετη) βούληση του κατασκευαστικού οίκου (εάν λχ θα παρέχει εκπαίδευση ή βεβαίωση) σε προϋπόθεση συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό.

Μάλιστα στο άρθρο 48 της οδηγίας 18/2004, καθώς και στο όμοιο άρθρο 46 του π.δ. 60/2007, που ενσωμάτωσε την ως άνω οδηγία στην ελληνική έννομη τάξη, απαριθμούνται περιοριστικά τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της τεχνικής επάρκειας του αναδόχου. Τα μόνα πιστοποιητικά που απαριθμούνται στο άρθρο 48 είναι πιστοποιητικά από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες

Αριθμός απόφασης: 14/2019

υπηρεσίες ελέγχου ποιότητας και σε καμιά περίπτωση δεν προβλέπεται η προσκόμιση πιστοποιητικών από κατασκευαστικούς οίκους [...]

Όλα τα παραπάνω αποτελούν τα μόνα νόμιμα δικαιολογητικά απόδειξης τεχνικής επάρκειας που ορίζει το άρθρο 48 της οδηγίας 18/2004, καθώς και το όμοιο άρθρο 46 του π.δ. 60/2007, το άρθρο 60 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και τα άρθρα 75 και 80 του Ν. 4412/8-8-2016 (οράτε Π.Δ. 60/2007 Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και Νόμο 4412/2016). [...]

Όπως συνάγεται εξ όλων των ανωτέρω, σε καμιά περίπτωση δεν προβλέπεται η προσκόμιση πιστοποιητικών από κατασκευαστικούς οίκους (!!!). Ιδίως, δε, όταν οι οίκοι (ή οι θυγατρικές τους ή οι διανομείς τους) συμμετέχουν στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία ανταγωνιζόμενοι τρίτες προς αυτούς επιχειρήσεις (όπως εν προκειμένω συμβαίνει), στις οποίες βεβαίως δεν έχουν κανένα συμφέρον να τις παράσχουν (καίτοι έχουν την ικανότητα και επάρκεια) πιστοποιητικά ή βεβαιώσεις.

Ως εκ τούτου, τα μόνα πιστοποιητικά που η Νομοθεσία επιτρέπει είναι πιστοποιητικά ISO, βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των συμβάσεων κλπ, δηλαδή βεβαιώσεις από ανεξάρτητες αρχές και οργανισμούς όπως «εξαντλητικά απαριθμούνται», αναφέρονταν στο άρθρο 48 της οδηγίας 18/2004, στο άρθρο 46 του Π.Δ. 60/2007, στο άρθρο 60 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στα άρθρα 75 και 80 του Ν. 4412/8-8-2016» [...]

Για όλους τους παραπάνω λόγους ο ανωτέρω όρος των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης του διαγωνισμού είναι παράνομος και άκυρος και πρέπει να απαλειφθεί, απ' όλα τα σχετικά άρθρα και παραρτήματα της διακήρυξης.

11.2. 2ος Λόγος Προσφυγής

11.2.1. Στην υποπαράγραφο 3 του άρθρου 2 «ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΣΥΝΤΗΡΗΤΗ» του τμήματος 5 «5) Για τη συντήρηση τεσσάρων μηχανημάτων αιμοκάθαρσης GAMBRO με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 31.050 € με ΦΠΑ.» του παρατήματος II «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ», στη σελίδα 53 της διακήρυξης αναφέρεται:
ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II- ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ [...]

Αριθμός απόφασης: 14/2019

5) Για τη συντήρηση τεσσάρων μηχανημάτων αιμοκάθαρσης GAMBRO με ανταλλακτικά, και χωρίς αναλώσιμα, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 31.050 € με ΦΠΑ.

ΑΡΘΡΟ 2: ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΣΥΝΤΗΡΗΤΗ [...]

• Να καταθέσει βεβαίωση από την Κατασκευάστρια Εταιρεία ή τον αποκλειστικό αντιπρόσωπο της για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών, που θα φέρουν πιστοποίηση CE, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης.

Ομοίως καν στη σελίδα 87 της διακήρυξης στο Φύλλο Συμμόρφωσης του τμήματος 5 «ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΜΗΜΑ 5 Συντήρηση τεσσάρων (4) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης GAMBRO με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα προϋπολογιζόμενης δαπάνης 31.050 € με ΦΠΑ» με Α/Α 7.

II.2. 2. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης, όπως αποτυπώνεται σε όλα τα σημεία της διακήρυξης:

Σελ.53 και Σελ. 87: Να καταθέσει βεβαίωση από την Κατασκευάστρια Εταιρεία ή τον αποκλειστικό αντιπρόσωπο της για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών, που θα φέρουν πιστοποίηση CE, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης.

ΕΙΝΑΙ ΠΑΡΑΝΟΜΟΣ ΔΙΟΤΙ:

Από 1/1/2016 ο αποκλειστικός προμηθευτής ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην ελληνική αγορά, είναι η εταιρεία

.....
Η εν λόγω εταιρεία όμως τα ανταλλακτικά δεν τα προμηθεύεται απευθείας από την κατασκευάστρια αλλά από την

Η εταιρεία μας έχει stock ανταλλακτικών στην αποθήκη της, τα οποία τα έχει προμηθευθεί από την εταιρεία, αλλά και πριν, από την προκάτοχο της την εταιρεία, που ήταν αποκλειστικός διανομέας ανταλλακτικών.

Επιπροσθέτως επισημαίνουμε ότι ο όρος περί βεβαίωσης από την Κατασκευάστρια Εταιρεία ή τον αποκλειστικό αντιπρόσωπό της για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών, που θα φέρουν πιστοποίηση CE, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, υποθάλπει και ευνοεί την εφαρμογή περιοριστικών του

Αριθμός απόφασης: 14/2019

ανταγωνισμού πρακτικών εκ μέρους του κατασκευαστή και των αντιπροσώπων του που παρεμποδίζουν τις παράλληλες εισαγωγές ανταλλακτικών στην ελληνική αγορά και την ελεύθερη επιλογή της πηγής προμήθειας ανταλλακτικών εκ μέρους της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό επιχείρησης, με σκοπό και αποτέλεσμα τη στεγανοποίηση της σχετικής ελληνικής αγοράς των ανταλλακτικών, καθώς και αυτής της συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων. Υποχρεώνει δηλαδή εμμέσως πλην σαφώς ο εν λόγω όρος της διακήρυξης την ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στον διαγωνισμό επιχείρηση να προμηθεύεται ανταλλακτικά από συγκεκριμένη πηγή προμήθειας (ήτοι τον κατασκευαστή ή τον αποκλειστικό αντιπρόσωπο του), άλλως δεν θα έχει την δυνατότητα να συμμετάσχει στο διαγωνισμό. Ο περιορισμός αυτός του ανταγωνισμού, έστω και αν αποδίδεται σε κρατικό μέτρο (τον όρο της διακήρυξης εν προκειμένω) ελέγχεται αφού ευνοεί και υποθάλλει περιοριστικές του ανταγωνισμού πρακτικές και παρεμποδίζει την δυνατότητα του παράλληλου εμπορίου, καθώς επιτρέπει στον κατασκευαστή και τον τυχόν αντιπρόσωπό του αποκλειστικό ή μη να ελέγχουν την συγκεκριμένη αγορά και να παρεμποδίζουν την είσοδο και παραμονή στην εν λόγω αγορά σε τρίτες επιχειρήσεις, που όμως για τον οποιοδήποτε λόγο δεν είναι συμβεβλημένες με τον κατασκευαστή ή τον αντιπρόσωπο του και σε κάθε περίπτωση αναζητούν (ως έχουν το σχετικό δικαίωμα) πλέον συμφέρουσες πηγές προμήθειας ανταλλακτικών στα πλαίσια του παράλληλου εμπορίου. Ο τυχόν επιδιωκόμενος σκοπός γενικού συμφέροντος (ήτοι αυτός της απρόσκοπτης προμήθειας ανταλλακτικών εκ μέρους του αναδειχθησομένου αναδόχου) μπορεί να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά με την ανάληψη ευθύνης εκ μέρους της ενδιαφερόμενης επιχείρησης ότι θα έχει διαθεσιμότητα ανταλλακτικών είτε μέσω μιας υπεύθυνης δήλωσης της ή μέσω πιστοποιητικού του αναγκαίου αποθέματος για τις ανάγκες εξυπηρέτησης του διαγωνισμού.[...].

Για όλους τους παραπάνω λόγους ο ανωτέρω όρος των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης του διαγωνισμού:

- Να καταθέσει βεβαίωση από την Κατασκευάστρια Εταιρεία ή τον αποκλειστικό αντιπρόσωπο της για την απρόσκοπτη παροχή των

Αριθμός απόφασης: 14/2019

απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών, που θα φέρουν πιστοποίηση CE, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης.

Όπως αναλυτικά αναπτύξαμε στο κεφάλαιο II.2. και στα υποκεφάλαια αυτού, II.2.1 έως II.2.6, είναι παράνομος και άκυρος και πρέπει να απαλειφθεί, απ' όλα τα σχετικά άρθρα και παραρτήματα της διακήρυξης

(11) ΑΙΤΗΜΑ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Να προσδιορίσετε ειδικά το αίτημα της προσφυγής. [...]

1. Να γίνει δεκτή η παρούσα προδικαστική προσφυγή.
2. Να απαλειφθούν - ακυρωθούν οι όροι που αναλύσαμε ανωτέρω, έτσι ώστε οι όροι της διακήρυξης να είναι σύμφωνοι με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/24/ΕΕ και το Νόμο 4412/8-8-2016. [...]

15.Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής αναφέρει ότι: «Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας ότι με την επιλογή των συγκεκριμένων όρων, η Αναθέτουσα Αρχή, όλως παρανόμως, και κατά την πλήρη παράβαση των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού, καθιστούν τον διαγωνισμό «κεκαλυμμένη απευθείας ανάθεση» σε συγκεκριμένη εταιρεία, κάτι το οποίο καθιστά, όχι απλώς ουσιωδώς δυσχερή, αλλά αδύνατη την συμμετοχή της με αξιώσεις κατακύρωσης, αποκλείοντας, ουσιαστικά, εκ προοιμίου, από τον εν λόγω διαγωνισμό, τις εταιρείες που δεν καλύπτουν πλήρως τις Τεχνικές Προδιαγραφές, είναι αβάσιμος διότι οι πληττόμενοι όροι δεν έρχονται σε αντίθεση με τη νομοθεσία, και τούτου διότι όπως έχει κριθεί ότι «κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με τη διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν ως εκ της φύσεώς τους αιτιολογίας (ΕΑ 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, απαραδέκτως δε αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να συμμετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότης της θεσπίσεως επί μέρους τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Επομένως, η συμπερίληψη στη διακήρυξη απαιτήσεων αναγκαίων, κατά την εκτίμηση της Υπηρεσίας, τις οποίες, όμως, είναι ενδεχόμενο να μην πληρούν τα προϊόντα ορισμένων

Αριθμός απόφασης: 14/2019

προμηθευτών, μπορεί να μην να συνεπάγεται την αδυναμία της συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει όμως, αυτή και μόνη, άνευ ετέρου, τους κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ 1208, 977/2006, 354/2014, 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007).

Επιπλέον, στην 13η Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (10-3-2016, στην περίπτωση «Μ. Τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες», παρ. 4 αναφέρεται:

«Το ερώτημα που τίθεται είναι σε ποιο βαθμό μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί περισσότερες αποδείξεις για την πλήρωση των κριτηρίων που θέτει. Σε κάποιες περιπτώσεις, τα μέσα για την απόδειξη της ακρίβειας των πληροφοριών προβλέπονται ρητά στην Οδηγία. Για παράδειγμα, μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί η επιτυχής εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων να αποδεικνύεται με πιστοποιητικό από δημόσιο φορέα ή με δήλωση του οικονομικού φορέα σε περίπτωση σύμβασης με ιδιωτικό φορέα. Σε αυτές τις περιπτώσεις, οι ρητές προβλέψεις της Οδηγίας απαριθμούν τα αποδεικτικά μέσα που ζητούνται. Σε άλλες περιπτώσεις ωστόσο, δεν προβλέπονται ρητά τα αποδεικτικά μέσα. Για παράδειγμα, στο άρθρο 48 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 46 πδ 60/2007) και στο Παράρτημα ΧΙΙ παρ. ΙΙ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν αναφορά στα επαγγελματικά προσόντα του προσωπικού ή δήλωση του τεχνικού εξοπλισμού που θα διατεθεί, αλλά όχι τα σχετικά αποδεικτικά μέσα, πχ τα σχετικά διπλώματα του προσωπικού ή την πραγματική διαθεσιμότητα του εξοπλισμού. Εντούτοις προκύπτει σαφώς ότι αυτά μπορούν να ζητηθούν και να χρησιμοποιηθούν από τις αναθέτουσες αρχές».

Το Νοσοκομείο, εκ της φύσεώς του και εκ του μεγέθους του, θεωρεί αυτονόητο και αναγκαίο να διασφαλίσει ότι η ανάδοχος εταιρεία θα διαθέτει ικανούς συντηρητές των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης που αποτελούν μηχανήματα υποστήριξης ζωής των ασθενών.

Κατόπιν των ανωτέρω, κατά τη γνώμη του Νοσοκομείου, η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή κρίνεται αβάσιμη».

Αριθμός απόφασης: 14/2019

16.Επειδή το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Παράβολο» προβλέπει: « 1. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης. Το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. 2. Εάν από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή. [...] 4. Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 ορίζεται ο τρόπος και ο χρόνος κατάθεσης και είσπραξης του παραβόλου και ο τρόπος απόδειξης της είσπραξής του. [...]»

17.Επειδή το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 με τίτλο «Παράβολο» προβλέπει: «1. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται από τον προσφεύγοντα παράβολο υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης [...] 2. Εάν από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή (άρθρο 363 παρ. 2 ν. 4412/2016).4. Το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Η ως άνω κατάθεση του παραβόλου γίνεται ηλεκτρονικά μέσω της εφαρμογής e-παράβολου στη διαδικτυακή πύλη της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) και αποτελεί έσοδο του κρατικού προϋπολογισμού. Για την απόδειξη της καταβολής και της είσπραξης του παραβόλου ο προσφεύγων υποχρεούται να επισυνάψει στο προβλεπόμενο στην παράγραφο 2 του άρθρου 8 του παρόντος Κανονισμού έντυπο προσφυγής του Παραρτήματος I εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω

Αριθμός απόφασης: 14/2019

παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη “πληρωμένο” καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την Υπηρεσία που το αποδέχεται».

18.Επειδή στην αιτιολογική έκθεση του ν.4412/2016 αναφέρεται ότι : «*Η επιβολή παραβόλου κρίνεται αναγκαία προκειμένου να αποτραπεί η άσκηση αστήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών*». Ειδικότερα, μια οικονομικής φύσεως επιταγή συνιστά μέτρο ικανό να αποτρέψει την καταχρηστική άσκηση μέσων προσφυγής και την όσο το δυνατόν ταχύτερη εξέταση των ενδίκων προσφυγών τους (βλ. κατ’ αναλογία, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα N. Jääskinen στην υπόθεση *Orizzonte Salute* C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655, σημείο 37). Επομένως, η βούληση του νομοθέτη είναι να καταβάλλεται ένα συγκεκριμένο χρηματικό ποσό με έκδοση ηλεκτρονικού παραβόλου λόγω της διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας κατ’ αποκλειστικό τρόπο μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Στόχευση του νομοθέτη ήταν η αποτροπή της καταχρηστικής άσκησης προδικαστικών προσφυγών, οι οποίες θα δύναντο να παρακωλύσουν επί μακρόν τις διαγωνιστικές διαδικασίες ως προς την υπογραφή των εν λόγω συμβάσεων, δοθέντος του ανασταλτικού αποτελέσματος των άρθρων 364 του Ν. 4412/2016 και 6 του Π.Δ. 39/2017. Ρητώς και σαφώς σύμφωνα με τις παραπάνω διατάξεις, για την παραδεκτή άσκηση της προδικαστικής προσφυγής επιβάλλεται η καταβολή του νόμιμου ποσού κατά το χρόνο άσκησής της. Όπως, εξάλλου, παγίως δέχεται η νομολογία, η υποχρέωση καταβολής παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού ενδίκου βοηθήματος ή μέσου, αποβλέπει στην αποτροπή της ασκήσεως απερίσκεπτων και αστήρικτων ενδίκων βοηθημάτων και μέσων, χάριν της εύρυθμης λειτουργίας των δικαστηρίων και της αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, γι’ αυτό και η τύχη του συναρτάται με την έκβαση και τις εν γένει περιστάσεις της δίκης (ΣτΕ 601/2012 Ολομ., 3087/2011 Ολομ., ΣτΕ 1583/2010 Ολομ., 1852/2009 Ολομ., 647/2004 Ολομ.)

19.Επειδή, περαιτέρω, στην εκδοθείσα κατ’ εξουσιοδότηση του άρθ. 29 παρ. 3 του ν. 3943/2011 ΠΟΛ1163/3-7-2013 απόφαση του Υφυπουργού Οικονομικών με τον τίτλο «*Όροι και διαδικασία είσπραξης-επιστροφής για την εφαρμογή του ηλεκτρονικού παραβόλου*» όπως ισχύει ορίζεται στο άρθ. 3 ότι «*Πληρωμή e-παραβόλου. Ο ενδιαφερόμενος καταβάλλει το αναλογούν ποσό*

Αριθμός απόφασης: 14/2019

στον φορέα είσπραξης που επιθυμεί γνωστοποιώντας τον μοναδικό ψηφιακό κωδικό [...]», στο άρθ. 4 ότι «Κατάθεση e-παραβόλου σε Υπηρεσία [...] Ο υπάλληλος της Υπηρεσίας που κατατίθεται το e-πανάβολο για να το αποδεχθεί/δεσμεύσει συνδέεται με την εφαρμογή κάνοντας την επιλογή του ρόλου ως εκπρόσωπος του φορέα, αναζητά το e-Πανάβολο και ελέγχει την εγκυρότητά του [...] Μετά τον σχετικό έλεγχο η Υπηρεσία αποδέχεται το e-Πανάβολο και αυτό δεσμεύεται ώστε να αποκλεισθεί η εκ νέου χρήση του [...]».

20.Επειδή, στις περιπτώσεις διαγωνιζομένων που συμμετέχουν ή προτίθενται να συμμετάσχουν για μέρος του αντικείμενου του διαγωνισμού, ως βάση υπολογισμού του παραβόλου λαμβάνεται η προϋπολογισθείσα δαπάνη που αντιστοιχεί στο εν λόγω μέρος και η οποία αποτελεί το αντικείμενο της διαφοράς και όχι το σύνολο της προϋπολογισθείσας δαπάνης (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 136/2013 Ολομ. σκ. 17, ΣΤΕ ΕΑ 101-107/2012 πενταμ. 169, 232/2012).

21.Επειδή, εν προκειμένω, η προσφυγή με τον δεύτερο λόγο αυτής στρέφεται κατά του όρου του Παραρτήματος II (Τεχνικές Προδιαγραφές) της διακήρυξης που αφορά ειδικώς το Τμήμα 5 αυτής, «*Συντήρηση τεσσάρων (4) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης GAMBRO με ανταλλακτικά και χωρίς αναλώσιμα, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 31.050 ευρώ με ΦΠΑ*», και συγκεκριμένα την απαίτηση του άρθρου 2 (Υποχρεώσεις Συντηρητή) που προβλέπει: «*Να καταθέσει βεβαίωση από την Κατασκευάστρια Εταιρεία ή τον αποκλειστικό αντιπρόσωπο της για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών, που θα φέρουν πιστοποίηση CE, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης*», καθώς και κατά της όμοιας πρόβλεψης στο Φύλλο Συμμόρφωσης του τμήματος 5 με Α/Α 7. Ωστόσο, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα στρέφεται τόσο κατά του όρου του Παραρτήματος II (Τεχνικές Προδιαγραφές) της διακήρυξης που αφορά ειδικώς το Τμήμα 5 αυτής, και συγκεκριμένα την απαίτηση του άρθρου 2 (Υποχρεώσεις Συντηρητή) που προβλέπει: «*Να καταθέσει βεβαίωση της Κατασκευάστριας Εταιρείας ότι οι τεχνικοί του συντηρητή έχουν υποστεί εκπαίδευση στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα*», καθώς και της όμοιας πρόβλεψης στο Φύλλο Συμμόρφωσης του τμήματος 5 με Α/Α 5, όσο

Αριθμός απόφασης: 14/2019

και κατά των εξής γενικών όρων της διακήρυξης: i) «2.2.6. *Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα [...] γ) να διαθέτουν εκπαιδευμένους, από την κατασκευάστρια εταιρεία, τεχνικούς, στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα ή σε ανάλογα μηχανήματα της ίδιας εταιρείας*» και ii) «2.2.9.2. *Αποδεικτικά μέσα κατά το στάδιο της κατακύρωσης [...] Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 22.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: [...] β) Βεβαιώσεις της κατασκευάστριας εταιρείας ή αποδεικτικά έγγραφα ότι οι τεχνικοί του οικονομικού φορέα έχουν εκπαιδευτεί στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα ή σε ανάλογα μηχανήματα της ίδιας εταιρείας*», οι οποίοι αφορούν το σύνολο των 17 Τμημάτων της διακήρυξης και όχι μόνο το Τμήμα 5 αυτής, για το οποίο η προσφεύγουσα δηλώνει ότι προτίθεται να υποβάλει προσφορά. Ειδικότερα, συνάγεται σαφώς από το περιεχόμενο της προδικαστικής προσφυγής ότι η προσφεύγουσα στρέφεται και κατά των δύο ως άνω γενικών όρων της διακήρυξης, οι οποίοι αφορούν και τα 17 Τμήματα, αιτούμενη την ακύρωσή τους, καθώς αυτούσιο το περιεχόμενο αυτών παρατίθεται στην αρχή του πρώτου λόγου της προσφυγής και η νομιμότητα αυτών αμφισβητείται ρητώς και σαφώς, με επίκληση, εκ μέρους της προσφεύγουσας, συγκεκριμένων νομοθετικών διατάξεων και ευρωπαϊκών οδηγιών και το αίτημα της προσφυγής συνίσταται αυτολεξεί στο: «*Να απαλειφθούν – ακυρωθούν οι όροι που αναλύσαμε ανωτέρω, έτσι ώστε οι όροι της διακήρυξης να είναι σύμφωνοι με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/24/ΕΕ και το Νόμο 4412/8-8-2016*». Συνεπώς, στο αίτημα της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής συμπεριλαμβάνεται η ακύρωση και των ως άνω δύο επίμαχων γενικών όρων της διακήρυξης που επικαλείται ρητώς η προσφεύγουσα στον πρώτο λόγο της προσφυγής της. Εξάλλου, στο τέλος του πρώτου λόγου της υπό εξέταση προσφυγής αναφέρεται αυτολεξεί ότι: «*Για όλους τους παραπάνω λόγους, ο ανωτέρω όρος των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης του διαγωνισμού είναι παράνομος και άκυρος και πρέπει να απαλειφθεί, απ' όλα τα σχετικά άρθρα και παραρτήματα της διακήρυξης*», άρα να απαλειφθεί και από τους γενικούς όρους της διακήρυξης και, συγκεκριμένα, από τους επίμαχους όρους 2.2.6 και 2.2.9.2, οι οποίοι αφορούν το σύνολο των τμημάτων. Επιπλέον, συνάγεται με σαφήνεια ότι η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των ως άνω δύο γενικών

Αριθμός απόφασης: 14/2019

όρων, καθώς το περιεχόμενο αυτών ταυτίζεται με το περιεχόμενο του ειδικού όρου του Παραρτήματος II της διακήρυξης (Τεχνικές Προδιαγραφές) που αφορά ειδικώς το Τμήμα 5 αυτής, και συγκεκριμένα την απαίτηση του άρθρου 2 (Υποχρεώσεις Συντηρητή) που προβλέπει: *«Να καταθέσει βεβαίωση της Κατασκευάστριας Εταιρείας ότι οι τεχνικοί του συντηρητή έχουν υποστεί εκπαίδευση στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα»*, καθώς και με την όμοια πρόβλεψη στο Φύλλο Συμμόρφωσης του τμήματος 5 με Α/Α 5. Δηλαδή, τόσο οι επίμαχοι γενικοί όροι όσο και ο ως άνω ειδικός όρος των Τεχνικών προδιαγραφών του τμήματος 5 επιβάλουν την υποχρέωση οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν τεχνικούς, εκπαιδευμένους από την κατασκευάστρια εταιρεία και την προσκόμιση σχετικής βεβαίωσης από αυτήν. Εξάλλου, δοθέντος ότι ενδεχόμενη ακύρωση από την ΑΕΠΠ μόνο του ειδικού όρου των τεχνικών προδιαγραφών του τμήματος 5 και της όμοιας πρόβλεψης στο φύλλο συμμόρφωσης του τμήματος 5, χωρίς ταυτόχρονη ακύρωση και των ως άνω επίμαχων γενικών όρων, θα είχε ως επακόλουθο τη διατήρηση της υποχρέωσης οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν τεχνικούς, εκπαιδευμένους από την κατασκευάστρια εταιρεία και να προσκομίσουν σχετική βεβαίωση από αυτήν, το αίτημα της προσφεύγουσας, το οποίο συνίσταται στην εν γένει ακύρωση της υποχρέωσης να διαθέτουν οι οικονομικοί φορείς εκπαιδευμένους τεχνικούς από την κατασκευάστρια εταιρεία καθώς και να προσκομίσουν σχετική βεβαίωση αυτής, δεν θα ικανοποιούταν πλήρως. Η δε δήλωση της προσφεύγουσας ότι *«πρόθεση της επιχειρήσεως μας [...] να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό και δη ως προς το ειδικότερο τμήμα 5»* της διακήρυξης, δεν αναιρεί το γεγονός ότι η προσφυγή αφορά προσβολή και γενικών όρων αυτής, ήτοι όρων που αφορούν σε όλα τα τμήματα αυτής και όχι μόνο ειδικών όρων που να σχετίζονται κεχωρισμένα και διακριτά με το τμήμα της διακήρυξης για το οποίο η προσφεύγουσα δηλώνει ότι προτίθεται να συμμετάσχει.

22.Επειδή το καταβληθέν παράβολο ποσού 600 ευρώ (σκέψη 11) υπολείπεται του νόμιμου ποσού παραβόλου το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 1.802,02 ευρώ, υπολογιζόμενο σε ποσοστό 0,5% επί της αξίας της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης, δεδομένου ότι η υπό εξέταση προσφυγή αφορά στην ακύρωση γενικών όρων της διακήρυξης, που

Αριθμός απόφασης: 14/2019

αφορούν το σύνολο των τμημάτων της συνολικού ποσού 360.404,84 ευρώ [(χωρίς ΦΠΑ και συμπεριλαμβανομένης της τρίμηνης παράτασης) X 0,5% = 1.802,02 ευρώ]. Και τούτο διότι, σύμφωνα με το ρητό και σαφές γράμμα του νόμου, «*το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή*» (σκέψη 16), και μάλιστα ανεξαρτήτως της δηλούμενης στην προσφυγή βούλησης της προσφεύγουσας όπως υποβάλει ενδεχομένως προσφορά για συγκεκριμένο τμήμα της σύμβασης. Επομένως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στον νόμο, το ύψος του παραβόλου καθορίζεται από την αξία των προσβαλλόμενων με την προσφυγή τμημάτων της σύμβασης. Εξάλλου, σύμφωνα και με την πάγια νομολογία, ως βάση υπολογισμού του παραβόλου λαμβάνεται υπόψη το αντικείμενο της διαφοράς (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 136/2013 Ολομ. σκ. 17) και, άρα, εν προκειμένω, και γενικοί όροι της διακήρυξης που αφορούν στο σύνολο των τμημάτων της, αφού η προσφεύγουσα με την προσφυγή της αφενός μεν τους πλήττει ως μη νόμιμους και αφετέρου αιτείται την ακύρωσή τους μη περιοριζόμενη στην ακύρωση ειδικών όρων της Διακήρυξης που αφορούν αποκλειστικά το τμήμα για το οποίο προτίθεται να υποβάλει προσφορά (πρβλ. ΑΕΠΠ Α387/2018). Συνεπώς, στην υπό κρίση προσφυγή δεν έχει καταβληθεί το νόμιμο οριζόμενο παράβολο ποσού 1.802,02 ευρώ, το οποίο σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθ. 5 του ΠΔ 39/2017 και του άρθ. 363 του ν. 4412/2016, απαιτείται για την παραδεκτή άσκηση αυτής και υπολογίζεται βάσει της συνολικής αξίας των τμημάτων της διακήρυξης καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά γενικών όρων αυτής. Και τούτο ίδια παρόλο που ο υπολογισμός του ορθού ποσού παραβόλου και η διαδικασία καταβολής του για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (ποσό, τρόπος, χρόνος κατάθεσης και απόδειξη καταβολής και είσπραξής του) προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στον νόμο, αποτελεί δε, εν πάσει περιπτώσει, ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια (ΣΤΕ 27/2015, ΔΕφΑθ 269/2018). Η δε προσπάθεια διάσωσης της προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να φτάσει μέχρι την υποκατάσταση της προσφεύγουσας από την ΑΕΠΠ και την εκ μέρους της τελευταίας συμπλήρωση της «*τυπικής προϋπόθεσης παραδεκτού*», αφού αυτό θα ισοδυναμούσε με παραβίαση της αρχής της

Αριθμός απόφασης: 14/2019

ισότητας (βλ. ΣτΕ 935/2017, σχετικές αποφάσεις ΑΕΠΠ 52, 72, 40, 155, 178/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρθρο 4 και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των διοικητικών οργάνων.

23.Επειδή οι ως άνω σχετικές με το παράβολο διατάξεις, καθ' ο μέρος προβλέπουν ότι, για το παραδεκτό της άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, απαιτείται το ύψος αυτού να ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης εφόσον προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της από τα έγγραφα της σύμβασης, ή επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, όπως εν προκειμένω, είναι απολύτως σαφείς και δεν είναι αντικειμενικώς ικανές να δημιουργήσουν αμφιβολίες ούτε ως προς το ύψος του απαιτούμενου παραβόλου, ούτε ως προς την υποχρέωση υποβολής του σχετικού αποδεικτικού καταβολής του συγχρόνως με την κατάθεση της προσφυγής, ούτε ως προς την επερχόμενη συνέπεια του απαραδέκτου της προσφυγής λόγω ελλιπούς ποσού παραβόλου (ΣτΕ Ολ.1583/2010, ΣτΕ Ολομ, 1852/2009).

24.Επειδή ο υπολογισμός του ύψους του παραβόλου είναι ευχερής και στηρίζεται στη σαφή διάταξη του άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και του άρθ. 5 του Π.Δ. 39/2017 (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 27,29,235/2015, ΣτΕ 777/2013 Ολομ., 494/2013), οπότε παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., ιδίως, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, 7 C 496/99 P, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 111).

25.Επειδή, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρού κύκλου των αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (ΟλΣτΕ 876/2013, ΣτΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128,

Αριθμός απόφασης: 14/2019

3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Επιπλέον, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου.

26.Επειδή, σε κάθε περίπτωση, δεν είναι νόμιμη η κατάθεση πρόσθετου συμπληρωματικού παραβόλου εκ μέρους της προσφεύγουσας μετά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής, προκειμένου να θεραπευτεί το απαράδεκτο αυτής, διότι όχι μόνον ο υπολογισμός του, ως ελέχθη είναι ευχερής και στηρίζεται σε σαφείς διατάξεις, αλλά και διότι η αποδοχή συμπληρωματικού παραβόλου, θα μπορούσε να καταστήσει εκ των υστέρων παραδεκτή μία προδικαστική προσφυγή που είχε ασκηθεί απαραδέκτως, κατά προφανή παραγνώριση της αρχής της ισότητας των διαδίκων της ενδικοφανούς διαδικασίας (πρβλ. ΣτΕ 935/2017 και ΔΕφΛάρισας 46/2018).

27.Επειδή, επιπλέον, το κανονιστικό πλαίσιο άσκησης κι εξέτασης των προδικαστικών προσφυγών συμπληρώνεται από τον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999) - δεδομένης της φύσης του αποφασίζοντος οργάνου, Α.Ε.Π.Π. - για όσα ζητήματα δεν ορίζονται ρητά (βλ. αντιστοίχως άρθρο 12 παρ. 1 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» όπου ορίζεται ότι: «Για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει») και όχι από τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, δεδομένου ότι η Α.Ε.Π.Π. συνιστά Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή. Επομένως, δεν τυγχάνουν εφαρμογής τα οριζόμενα στα άρθρα 277 και 139Α ΚΔιοικΔικ καθώς και η σχετική νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, όσον αφορά τη δυνατότητα του Δικαστηρίου περί πρόσκλησης του διαδίκου για συμπλήρωση, διόρθωση ή κατάθεση μη υποβληθέντος παραβόλου (ΑΕΠΠ 242/2017, 133/2018).

28.Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

29.Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

Αριθμός απόφασης: 14/2019

30.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

31.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 7 Ιανουαρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΚΑΤΡΗΣ